

# Europeanisering van vermogensrecht: een bespreking van de preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2010). Europeanisering van vermogensrecht: een bespreking van de preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 27, 428-431.

## Document status and date:

Published: 01/01/2010

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

# Europeanisering van vermogensrecht: een bespreking van de preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

50

Deze bijdrage bevat een voorbespreking van de preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht en gewijd aan Europeanisering van vermogensrecht. Het preadvies van Keirse biedt een overzicht van ontwikkelingen op het terrein van Europeanisering van verbintenissenrecht, dat van Veder is gewijd aan de noodzaak van een Europese regeling van zekerheidsrechten op roerende zaken. Deze bespreking schetst de hoofdlijnen van beide preadviezen en plaatst deze in een breder perspectief.

## 1. Inleiding

De preadviezen voor de op 14 december 2010 te houden jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht handelen over Europeanisering van vermogensrecht. Beide preadviezen zijn van de hand van Utrechtse hoogleraren. Het eerste is van de hand van Anna Keirse en gaat in op het verbintenissenrecht. Het tweede is geschreven door Michael Veder en bespreekt de specifieke thematiek van de Europeanisering van zekerheid op roerende zaken. Het navolgende biedt een korte bespreking van beide preadviezen. Die bespreking dient twee doelen: naast het voorlichten van de lezer van *NTBR* over de inhoud van beide geschriften wordt ook een voorschot genomen op de bespreking ter vergadering. Voorop staat daarbij dat eenieder vooral ook zelf kennis moet nemen van de preadviezen van dit jaar: zij bieden veel stof tot nadenken en – ook gelet op de korte periode die ik had om deze bespreking te schrijven – niet alle door de preadviseurs besproken thema's en ingenomen standpunten komen in het navolgende aan de orde.

## 2. Het preadvies van Keirse: Europeanisering van verbintenissenrecht

De Vereniging voor Burgerlijk Recht legde de preadviseurs drie vragen voor: is er sprake van Europeanisering, hoe moet deze worden gekwalificeerd en wat zal de toekomst brengen? Aandacht voor deze vragen is terecht: in het afgelopen decennium is het aantal door de Europese wetgever uitgevaardigde richtlijnen en verordeningen op het terrein van het verbintenissen- en procesrecht sterk gegroeid. Bekend is de beeldspraak dat het Nederlands privaatrecht thans wordt ontworpen door (op zijn

minst) twee architecten (één in Den Haag en één in Brussel) zonder dat die al te veel met elkaar overleggen over wie wat doet. Wie, zoals de meeste Nederlandse juristen, gewend is aan een coherent en systematisch geordend privaatrecht, ziet dan dat het vertrouwde gebouw wordt uitgebouwd met niet passende elementen en soms zelfs tot in de fundamenteen wordt aangetast. Keirse formuleert het voorzichtig en stelt dat de 'communicatie' tussen het verbintenissenrecht van de Europese Unie en dat van de Nederlandse wetgever en rechter 'niet optimaal' verloopt (p. 1). Daarmee bedoelt zij vooral dat fragmentatie en incoherentie door Europese invloed voortdurend dreigen. Keirse stelt terecht dat dit op zichzelf beschouwd geen probleem is: haar centrale stelling is en dat de Nederlandse wetgever, rechter en geleerde die verbrokkeling niet lijdzaam moeten constateren, maar actief op zoek moeten gaan naar oplossingen. 'Europeanisatie is een werkwoord' is dan ook de titel van haar laatste hoofdstuk.

Voordat ik die stelling verder bespreek is het goed om in zeer grove trekken de inhoud van Keirse's preadvies te schetsen. De door haar gekozen opbouw is klassiek: ze bespreekt achtereenvolgens Europeanisering van en door regelgeving, van en door rechtspraak en van en door rechtswetenschap. Het eerste van dit drieluik (Europeanisering en regelgeving) wordt daarbij ruim opgevat als niet enkel de beïnvloeding van nationaal recht door dat van de Europese Unie, maar ook door het EVRM en andere verdragen of niet-bindende modelregels. Bij de beoefenaars van het nationale recht is de eerste vorm van Europeanisering wellicht het meest bekend, vooral door de in het Burgerlijk Wetboek geïmplementeerde richtlijnen die de Europese Unie op basis van art. 114 VwEU (het oude art. 95 EG-Verdrag) heeft uitgevaardigd. Keirse bespreekt die richtlijnen, maar gaat ook in op de initiatieven van de Europese Commissie om het *acquis* coherenter te maken en om een verdergaande harmonisatie te bereiken. Zo worden de recente plannen voor een, op basis van het Gemeenschappelijk Referentiekader voor een Europees privaatrecht (OGRK), te vervaardigen instrument van Europees verbintenissenrecht en voor een Richtlijn Consumentenrechten door Keirse uitgebreid beschreven.

In de op internationaal niveau al uitgebreid gevoerde discussie over deze initiatieven neemt Keirse ook stelling. Zo is zij – mijns inziens terecht – niet overtuigd van de noodzaak van een verdergaande harmonisatie van het contractenrecht. Daar pleiten immers overtuigende argumenten tegen, waaronder het respecteren van uiteenlopende preferenties in de lidstaten en het geringe

1. J. Smits is hoogleraar Europees privaatrecht aan de Universiteit Maastricht (Maastricht European Private Law Institute) en onderzoeks-hoogleraar Comparative Legal Studies aan de Universiteit van Helsinki.

empirische bewijs voor de stelling dat het aantal grensoverschrijdende transacties werkelijk wordt bevorderd door eenmaking van recht. Geheel bevredigend is het betoog voor mij echter niet waar Keirse stelt dat er wel *andere* argumenten voor harmonisatie zijn, namelijk van 'culturele, politieke of rechtswetenschappelijke aard' (p. 49). Welke argumenten dat precies zijn is uit het betoog niet onmiddellijk duidelijk. Haar oproep aan de Europese wetgever om hier kleur te bekennen en die niet-economische argumenten te gebruiken zal ook niet succesvol zijn: zij creëren immers geen bevoegdheid voor harmonisatie. Ten aanzien van de ontwerp-richtlijn Consumentenrechten uit 2008 volgt Keirse (p. 50) de heersende opvatting dat de daarin voorgestelde maximumharmonisatie niet gewenst is. Die zou immers leiden tot een lager beschermingsniveau in o.a. Nederland en de bijdrage van die maatregel aan de toename van het consumentenvertrouwen is niet evident.

Het is tegenwoordig onmogelijk te schrijven over het Europees privaatrecht zonder daarbij het OGRK te betrekken. Recent publiceerde de Europese Commissie een Groenboek over de stappen die na publicatie van dit OGRK nodig zijn. Keirse bepleit dat dit OGRK uitmondt in een optioneel instrument dat als 28<sup>ste</sup> rechtsstelsel door partijen kan worden gekozen. Het zal dan wel de bestaande richtlijnen op het terrein van de consumentenbescherming moeten integreren. Keirse volgt hier de eerder ook door mij verwoorde opvatting dat als de regels van een dergelijk optioneel contractenrecht kwalitatief hoogwaardig zijn, de invoering ervan inzicht kan bieden in de mate waarin uniform recht gewenst is met instandhouding van de nationale rechtsstelsels. Wat Keirse niet zegt is dat de schoen hier wel eens kan wringen: de regels van het OGRK bieden lang niet altijd de progressieve (en van bestaand nationaal recht afwijkende) oplossingen die men zou wensen. Intussen gelooft Keirse (en straks zal blijken dat dit ook geldt voor Veder) in kleine stapjes: als het voor de politieke haalbaarheid nodig is om het optioneel instrument voorlopig alleen van toepassing te verklaren op grensoverschrijdende transacties (wat de politieke haalbaarheid van het project kan vergroten), vindt zij dat een 'pragmatische tussenoplossing' (p. 59).

Een interessante suggestie van Keirse is om op terreinen waar een optionele code geen rol kan spelen (zoals het aansprakelijkheidsrecht), de Europese Unie kan bijdragen aan een Europese rechtscultuur door 'beleidslijnen' uit te zetten (eventueel met gebruikmaking van de door de Europese Unie bepleite 'open methode van coördinatie'). Zo kan de Europese Commissie uitdragen dat het 'alles-of-niets' denken moet plaatsmaken voor een proportionele benadering of dat het voorzorgsbeginsel in alle lidstaten zou moeten worden aanvaard (p. 87). Vraag is natuurlijk hoe dit voorstel zich verhoudt tot de ook door Keirse aanvaarde verschillen in preferenties tussen rechtsculturen: indien wetgever of hoogste rechter in één van de 28 Europese rechtsstelsels oordeelt dat een

alternatieve benadering de betere is, moet dat worden geaccepteerd. De Europese rechtscultuur waarvan zij rept bestaat voor mij veel meer in aanvaarding van diversiteit dan in het opleggen van eenheid. Dat betekent dat nationale rechters (die vaak als eersten geroepen zijn om innovatieve oplossingen te vinden) weliswaar inspiratie kunnen putten uit bepaalde gezichtspunten, maar niet omdat de uitvoerende macht dat wenst. In China – waar ik deze bespreking schrijf – worden de door de wetgever gegeven wetten doorgaans kort na afvaardiging bij wege van administratieve verordeningen 'uitgelegd' en de rechter (veeleer een ambtenaar dan een onafhankelijk jurist) volgt die beleidslijnen bij het beslissen van concrete geschillen. In onze rechtscultuur zal de nationale rechter zich door dergelijke beleidslijnen niet laten beïnvloeden. Ik wil niet suggereren dat Keirse het Chinese model voorstaat, maar ik ben wel huiverig voor een uitvoerende macht die rechters suggereert op een bepaalde manier te oordelen.

Het tweede, veel kortere, luik van het preadvies gaat in op Europeanisering van en door rechtspraak. Het biedt een overzicht van enkele in het oog springende tendensen. Terecht stelt Keirse dat het niet de Europese rechters in Luxemburg en Straatsburg zijn die hier de belangrijkste rol vervullen, maar de *nationale* rechters. Hier valt nog veel te wensen want die rechters zijn zich lang niet altijd bewust van hun Europese mandaat. Belangrijk is mijns inziens vooral dat, los van de *plicht* om Europees recht toe te passen, de nationale rechter ook vrijwillig beziet hoe elders over soortgelijke problemen wordt geoordeeld en zich dus rechtsvergelijkend laat inspireren. Dat is eens te meer van belang waar de rechter Europese richtlijnen en verordeningen moet interpreteren: kennisname van interpretaties door collega-rechters in andere landen kan dan zeer nuttig zijn. Keirse stipt dit punt kort aan (p. 69), maar het is voor mij de kern: een werkelijk Europese rechtscultuur vereist dat rechtsvergelijkende inspiratie een tweede natuur is, niet om tot dezelfde uitkomst te komen als in een ander land werd aanvaard, maar om te leren van elders gebruikte argumenten.

Het derde luik bespreekt Europeanisering van en door rechtswetenschap. Dat is een dankbaar onderwerp en Keirse gaat in op de diverse wetenschappelijke samenwerkingsprojecten (zoals het Trento Common Core-project, de *Ius Commune Casebooks* en het vervaardigen van Europese beginselen) die de afgelopen jaren zijn ondernomen. Ook Keirse aanvaardt de visie van de Europese academici die de gemeenschappelijke Europese rechtstraditie nieuw leven willen inroepen. Wat opvalt is dat ze daarbij bijna geen aandacht besteedt aan onderwijs. Voor mij staat en valt het tot stand komen van een Europese rechtscultuur met een veel internationaler vorm van juridisch onderwijs dan thans gebruikelijk is. Ik denk dat in het komende decennium andere juridische faculteiten in Europa het voorbeeld van de Universiteit Maastricht zullen volgen en de stap gaan zetten naar een werkelijk Europees curriculum dat opleidt tot een Europese jurist.

Maar ook in het onderwijzen van Nederlands recht dient mijns inziens vanaf de eerste dag van de opleiding de student te leren dat Nederlands recht niet zaligmakend is en dat alternatieve oplossingen bestaan voor juridische vragen.

Het drieluik van Keirse kent geen scherpe scheidslijnen: zij stelt in hoofdstuk 5 terecht dat alle drie de actoren nauw op elkaar betrokken (moeten) zijn wil Europeanisering succesvol zijn. Ter vergadering zal nog wel belangrijk zijn om de preadviseur te vragen waar zij nu precies staat als het gaat om de gewenste mate van harmonisatie. Enerzijds lijkt zij (net als ik) voorstander van een argumentatieve Europese rechtsgemeenschap, wat in mijn visie betekent dat concrete uitkomsten nog sterk van elkaar kunnen verschillen zolang maar in Europa grotendeels identieke argumenten worden gebruikt. Anderzijds lijkt Keirse het belang van rechtseenheid hoog in te schatten. Op p. 84 heet het: 'Wil men rechtseenheid, dan zal een bevoegde wetgever het recht met exclusiviteit moeten sanctioneren.' Maar beide tegelijk nastreven kan niet. Ik geloof zelf niet dat rechtseenheid nog door de nationale Staat kan worden bewerkstelligd: dat is het noodzakelijk gevolg van het feit dat recht in toenemende mate uit verschillende bronnen voortvloeit.

### 3. Het preadvies van Veder: tussen zekerheid en bescheidenheid

Waar het preadvies van Keirse in brede trekken enkele belangrijke aspecten van het Europees privaatrecht bespreekt, gaat Veder in op één specifiek thema: bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken. Volgens Veder – en daar lijken inderdaad aanwijzingen voor te bestaan – worden verschillen tussen goederenrechtelijke stelsels op dit vlak door partijen vaak gezien als ernstige belemmeringen voor grensoverschrijdende transacties. Toch is harmonisatie juist hier lastig: van het goederenrecht wordt vrij algemeen aangenomen dat het diep verankerd is in systemen van nationaal recht. Het Europese *acquis* op het vlak van het privaatrecht betreft dan ook bijna geheel het verbintenisrecht. En hoewel het OGRK ook het zekerhedenrecht bestrijkt, is het niet waarschijnlijk dat het deel zal uitmaken van het 'politieke' GRK waaraan thans wordt gewerkt door een deskundigengroep benoemd door de Europese Commissie. De door Veder in dit preadvies uitgewerkte these is dat ingrijpen van de Europese wetgever echter wel degelijk gewenst is.

De juridische obstakels in een grensoverschrijdende handels- en financieringstransactie zijn legio. Veder laat goed zien dat wanneer roerende zaken als zekerheid worden gegeven voor verstrekt (leveranciers)krediet, dat doorgaans gebeurt op een wijze waarbij de roerende zaken in de macht van de zekerheidsgever blijven, zoals in Nederland bij het bezitloos pandrecht. Maar in Europa bestaan grote verschillen in de wijze waarop dergelijke 'non-possessory security rights' worden vormgegeven. Naast die verschillen in substantieel recht verschillen

ook nog eens de regels van internationaal privaatrecht waardoor, als een zaak waarop een zekerheidsrecht rust in een ander land terecht komt, de status van dat recht onzeker wordt. Zelfs is denkbaar dat het zekerheidsrecht in dat geval in het geheel niet wordt erkend, met alle gevolgen van dien (zoals kan gebeuren met een naar Duits recht gevestigd eigendomsvoorbehoud op een zaak die in Spanje belandt). Ook buitenlands executie- en insolventierecht kan roet in het eten gooien van de zekerheidsnemer.

Veder beschrijft hoe de Europese Commissie al sinds 1973 tracht om voor deze problemen een oplossing te vinden. Dat is tot nu toe tevergeefs geweest. Het meest vergaande voorstel was om een Europees registratiesysteem van zekerheidsrechten te creëren, het meest recente dat om de lidstaten te verplichten een naar het recht van een ander land totstandgekomen eigendomsvoorbehoud in eigen land te erkennen. Maar zelfs dat laatste weinig vergaande voorstel resulteerde uiteindelijk slechts in de plicht van de lidstaten om, indien een eigendomsvoorbehoud werd overeengekomen, er voor te zorgen dat de verkoper eigenaar blijft tot betaling van de prijs plaatsvond (art. 4 Richtlijn bestrijding betalingsachterstanden uit 2000). Dat is een regel die de meeste lidstaten sowieso al kenden.

Dat zelfs geen overeenstemming kon worden bereikt over de erkenning van een nationaal eigendomsvoorbehoud in een andere lidstaat staat er voor Veder niet aan in de weg om toch te pleiten voor nieuwe Europese maatregelen. Hij suggereert er twee (p. 247 v.). De eerste is om, voortbouwend op dit richtlijnvoorstel, uniforme verwijzings- en erkenningsregels te maken zodat verscheidenheid van recht niet leidt tot een verval van rechten. Het vrije verkeer van goederen, diensten en kapitaal brengt mee dat door de enkele overschrijding van een landsgrens een bestaand zekerheidsrecht niet teloor mag gaan of zelfs maar andere consequenties heeft in een ander land. Veder ziet dat als een 'klein stapje in de goede richting' (p. 151).

De tweede suggestie volgt het voorstel van Karl Kreuzer, die al in 1990 poneerde dat een Europees zekerheidsrecht zou moeten worden gecreëerd *in aanvulling op* de bestaande nationale zekerheidsrechten. Daarmee zijn we terug bij het pleidooi van Keirse voor een optionele code. Maar waar Keirse zich beperkt tot het contractenrecht bepleit Veder om een dergelijk 28<sup>ste</sup> stelsel te maken voor een zekerheidsrecht op roerende zaken. Dat ligt natuurlijk een stuk lastiger omdat een dergelijk recht ook jegens derden heeft te gelden en dus een eigen plaats moet krijgen in de nationale stelsels van (rangorde van) bestaande zekerheidsrechten. Om dat recht overal in Europa dezelfde plaats te geven ten opzichte van lokale rechten – iets dat waarschijnlijk harmonisatie van het executie- en insolventierecht zou vereisen – is een utopie, zoals Veder terecht schrijft. Maar dat is ook niet nodig: als bekend is hoe elk nationaal recht een dergelijk Europees recht plaatst in de nationale rangorde, kan al

belangrijke winst worden geboekt. Ook hier oordeelt Veder dat een kleine stap vooruit beter dan een groots project dat waarschijnlijk mislukt. Vraag blijft wel in hoeverre Veder zelf gelooft in de levensvatbaarheid van dit voorstel: de ervaring met harmonisatie van goederenrecht tot nu toe belooft niet veel. Ik stem overigens zelf graag in met Veder's voorstel: ook op het terrein van het goederenrecht is een optioneel 28<sup>ste</sup> stelsel wenselijk, zij het dat invoering ervan meer werk vereist van de lidstaten.

#### 4. Ten slotte

Beide preadviezen zijn vlot leesbaar en bieden veel aan de niet in het debat ingevoerde lezer. Voor mij ligt de waarde van de geboden beschouwingen vooral in de beschrijving van enkele belangrijke discussies op het terrein van het Europees privaatrecht. Keirse biedt een fraai overzicht van die discussies en Veder bepleit op overtuigende wijze de noodzaak van invoering van een Europees zekerheidsrecht op roerende zaken. Ik heb wel de indruk dat beide preadviseurs zich hebben bewogen buiten hun oorspronkelijke opdracht (of in elk hun preadvies een titel mee hebben gegeven die de lading niet dekt). De titel 'Europeanisering van vermogensrecht' wekt de indruk dat wordt geschreven over de *invloed* van Europees recht op nationaal recht. Dat is een specifieke deelvraag van de discipline van het Europees privaatrecht, waarover zowel in Nederland (ik noem Hartkamps deel in de Asser-serie uit 2008 getiteld 'Europees recht en Nederlands vermogensrecht') als in andere landen inmiddels specifieke studies bestaan. Ik begon aan lezing in de verwachting dat de preadviseurs aan die discussie zouden bijdragen, maar dat is slechts in beperkte mate het geval. Ik noem twee thema's die handelen over die invloed, maar waarvoor aandacht in de preadviezen bijna geheel ontbreekt. Wellicht dat daar ter vergadering nog op kan worden ingegaan.

In de eerste plaats is er de vraag hoe moet worden omgegaan met de door Europeanisering aangetaste coherentie van het nationale privaatrecht. Keirse beschrijft die fragmentatie wel, maar is van oordeel dat na een periode van 'chaos' een nieuwe ordening zal plaatsvinden. *Europeaniseren* is inderdaad een werkwoord, maar de vraag is wel er nu precies moet gebeuren om die nieuwe ordening tot stand te brengen. Keirse veronderstelt dat nationaal recht en Europees recht uiteindelijk

op één en dezelfde noemer kunnen worden teruggebracht en dat daartoe actief tegen die fragmentatie moet worden opgetreden door wetgever, rechter en academicus. Maar dat is niet vanzelfsprekend: een andere visie, verwoord door o.a. de Duitse hoogleraar Ralf Michaels (maar ook door mij), luidt dat fragmentatie onvermijdelijk is, dat die in de toekomst alleen nog maar zal toenemen, en dat daarom niet zozeer moet worden getracht om een nieuw coherent systeem te maken, maar veeleer een alternatief voor coherentie moet worden gezocht. Als de functies van coherentie zijn om rechtseenheid en rechtszekerheid te bewerkstelligen, kunnen die functies wellicht ook op andere wijze worden bevredigd. Ik denk dat door Europeanisering van recht de verantwoordelijkheid voor rechtseenheid en rechtszekerheid steeds minder bij (nationale) wetgever en rechter komen te liggen, maar verschuift naar de partijen zelf. Een optionele code (of een verruimde mogelijkheid van rechtskeuze voor een nationaal stelsel) kan daarbij een belangrijke rol vervullen: partijen creëren zo hun eigen rechtszekerheid.

Ten tweede is er de vraag naar het juiste niveau van regulering. Zodra privaatrecht niet langer enkel uit nationale bron vloeit, maar ook afkomstig is van de Europese wetgever en is neergelegd in internationale verdragen (zoals het Weens Koopverdrag) en in private regulering, is belangrijk om na te gaan of bepaalde onderwerpen beter op het ene of het andere niveau van regulering kunnen worden geregeld. Keirse stipt dit punt wel aan (p. 81), maar de 'toetsingsmaatstaf' die zij ontwikkelt blijft abstract. De door haar genoemde factoren (o.a. effectiviteit, bevordering van gewenst gedrag, aansluiting bij wat elders gebeurt, efficiëntie, sociaal welzijn, rechtszekerheid, billijkheid en de methode van rechtsvinding) zijn te algemeen om het niveau van regulering vast te stellen. In de internationale literatuur is hierover meer nagedacht, maar op dit terrein valt nog steeds veel te onderzoeken. Het is overigens evident dat bij de beantwoording van dit soort vragen van 'multilevel governance' ook de legitimiteit van de regeling een belangrijke rol speelt. Dat betekent mijns inziens niet dat al die nieuwe bronnen van privaatrecht moeten voldoen aan dezelfde eisen die traditioneel worden gesteld aan een burgerlijk wetboek (namelijk dat die op democratische wijze tot stand komt met instemming van een nationaal parlement), maar aan welke eisen dit postnationale privaatrecht dan wel moet voldoen, is een belangrijke vraag. Ik zie uit naar de discussie ter vergadering.